El patrimonio autónomo y la fiducia: entre las discusiones teóricas y la práctica judicial para la construcción de una dogmática fina en Colombia[1]

The autonomous patrimony and trust: between theoretical discussions and judicial practice for the construction of a fine dogmatic in Colombia

Carlos Andrés González León[2]
Antonio Bohórquez Orduz [3]

Resumen

El proceso de incorporación del contrato de fiducia en América Latina ha tenido una dinámica que requiere de una revisión histórico - dogmática para la formación de teoría alrededor de la comprensión, aplicación y resolución de los problemas que representa su instrumentación frente a los contenidos patrimoniales del negocio. El artículo que se presenta expone los resultados de investigación a partir del paradigma dogmático, siguiendo el método analítico-explicativo, con base en la revisión de fuentes documentales. Los

---

[1] Artículo resultado de los proyectos de investigación: Investigación en práctica judicial de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Macro línea de investigación en práctica judicial enfoque socio-jurídico y comparado de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

[2] Doctor en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Maestro en Administración del convenio del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey - Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia - Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política y en Derecho procesal Civil de la UNAB; Abogado, egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro del grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Árbitro y amigable componedor del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. Es Miembro de la Academia de Historia de Santander y escritor. Correo electrónico: cgonzale@unab.edu.co

[3] Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista de la U. Externado de Colombia en derecho comercial, abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB. Juez civil, Magistrado de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga. Profesor de la UNAB. Investigador. Conferencista. Autor de ponencias, ensayos y artículos y de los libros: "*De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*" (tres tomos, 2019 -I, 5ª. Edición-, 2913 -II, 2ª edición- y 2014 -III, 2ª edición-), Editorial Doctrina y Ley; "*Principio de completitud y creación judicial del Derecho*", Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015; y "*Unión marital de hecho. Una línea jurisprudencial inconclusa", Editorial Doctrina y Ley, 2019.*

hallazgos dan cuenta de las discusiones sobre los elementos patrimoniales que determinan los contenidos del contrato de fiducia mercantil que, para el caso colombiano, suponen la formación de un patrimonio autónomo, por lo que se hace un recorrido que permite ubicar los contextos de formación del negocio, los debates frente a la aplicación de los contenidos patrimoniales y las distintas fórmulas de interpretación para explicar el patrimonio autónomo fiduciario, su alcance y sus efectos.

Palabras clave: Fiducia, *Trust*, patrimonio autónomo, dogmática jurídica, derecho financiero.

Abstract

The process of incorporation of the trust agreement in Latin America has had a dynamic that requires a historical-dogmatic review for the formation of theory around the understanding, application and resolution of the problems that its instrumentation represents in relation to the patrimonial content of the business. The article presents the research results from the dogmatic paradigm, following the analytical-explanatory method, based on the review of documentary sources. The findings account for the discussions about the patrimonial elements that determine the content of the commercial trust agreement which, for the Colombian case, involve the formation of an autonomous patrimony which is why it was decided to execute a route that allows locating the business formation contexts, the debates regarding the application of the patrimonial contents and the different interpretation formulas to explain the autonomous fiduciary patrimony, its scope and its effects.

Keywords: Trust, autonomous heritage, juridical dogmatics, financial law.

Introducción

Estudiar el contrato de fiducia y sus efectos patrimoniales, requiere de un esfuerzo que va más allá de las revisiones histórico – dogmáticas, con la finalidad de articular las discusiones que se suscitan en la academia y en los estrados judiciales para sortear los difíciles caminos del enroque entre la teoría y la práctica. De la revisión del estado del arte sobre la materia[4] se encuentra cómo en Colombia se ha concentrado particularmente en la conceptualización y revisión sistemática de la normativa comercial desde la óptica del derecho de las obligaciones y de los contratos, y en algunos casos, los menos, la revisión se refiere a los efectos patrimoniales, casi siempre con el fin de develar el entorno de sus exigencias o de los derechos con que cuentan los beneficiarios del contrato frente al cumplimiento de las

[4] Puede consultarse la revisión que hace González (2019), de los diferentes temas trabajados el en país sobre la materia e incorpora los diversos enfoques con los que la academia y los investigadores abordan el tema.

obligaciones, así como la protección de terceros acreedores frente a los bienes que integran el fideicomiso. Por esta razón el presente artículo se concentra en los problemas y discusiones que han rodeado la comprensión y conceptualización de los aspectos patrimoniales del contrato de fiducia, que para el caso colombiano se ha enmarcado dentro del esquema de formación del contrato con la tradición del dominio de bienes para su administración y la consecuente formación de un patrimonio autónomo.

La pregunta que orienta la investigación indaga por las concepciones dogmáticas que permiten comprender el patrimonio autónomo en los negocios fiduciarios en Colombia. Este problema se aborda desde el paradigma dogmático, que busca dar cuenta, desde una visión de conjunto, de las principales discusiones sobre los elementos patrimoniales que determinan los contenidos del contrato de fiducia mercantil a partir de un estudio documental de tipo analítico-explicativo. El diseño metodológico parte de la revisión de fuentes documentales, en las que se busca abordar el contexto histórico, las discusiones de la académica y las decisiones judiciales que han enriquecido el conjunto de respuestas frente a la dinámica del negocio y sus efectos patrimoniales. Para ello se acude a la reseña analítica y al análisis estático de jurisprudencia.

El recorrido histórico – dogmático parte de dos contextos distintos frente al tratamiento del contrato y sus efectos patrimoniales. El primer contexto está relacionado con el campo de las familias jurídicas en razón a que las discusiones sobre la fiducia siempre han tenido en cuenta la visión angloamericana del negocio. El segundo contexto, derivado del anterior, se vincula con el concepto de propiedad y su desarrollo frente a la fiducia en América Latina. Esta ubicación resulta fundamental para comprender la dinámica de la formación del negocio de fiducia en Colombia y las dificultades que representa su adecuación conceptual en el contexto jurídico nacional, problema que se presenta también en los sistemas jurídicos derivados del derecho europeo continental.

La tipificación de la fiducia mercantil con el fin determinar la estructura del contrato y sus efectos, permite formular tres categorías de análisis como cuerpos de desarrollo temático para su estudio: 1. Elementos para la formación del negocio y partes contractuales, referida en particular al elemento personal, profesional y al carácter de sujeto calificado financiero del administrador fiduciario. 2. La administración y teleología del contrato, en el cual el fiduciario asume la gestión de un encargo desde el acto constitutivo, determinado por el cumplimiento de objetivos y por un fin específico para la administración establecido por el constituyente; esta categoría, no es solo un elemento esencial del negocio, sino que resulta determinante de sus contenidos porque permite delinear los alcances concretos de la gestión y diferenciar entre las modalidades que se suelen

identificar como clases de contratos de fiducia[5]. En este punto aparecen temas que van desde los aspectos relativos a la responsabilidad de quienes intervienen en el contrato de fiducia hasta el carácter indelegable de algunas obligaciones del fiduciario, el alcance de los distintos deberes y derechos involucrados en la gestión fiduciaria y las posibilidades de terminación del contrato. 3. Por último, la tercera categoría, se refiere a los efectos patrimoniales del contrato derivados de la transferencia del dominio de bienes, también elemento esencial del negocio, y a la formación de un patrimonio autónomo, como sucede en el particular caso del derecho colombiano. Este trabajo se concentrará, como se ha indicado, en este tercer aspecto, por develar los principales problemas de la concepción estructural del contrato.

Para cumplir con el propósito descrito, el trabajo se divide en tres partes: la primera abarca la estructura y orígenes del negocio fiduciario con el fin de explicar los problemas de la adecuación del *trust* angloamericano en el contexto latinoamericano desde los años veinte del siglo pasado, lo cual implica comprender la dinámica patrimonial en el sistema anglosajón frente al contexto del derecho de influencia europea continental. En la segunda parte se analizará cómo opera la instrumentación del negocio en algunos países latinoamericanos, en particular los casos de México, Argentina y Perú, el primero por las discusiones que allí suscitó la adecuación del contrato, los otros dos por la reciente incorporación legal del contrato en el panorama mercantil. Finalmente, en un tercer aparte se presentan las discusiones que surgieron en Colombia el ámbito académico y judicial, con el fin de ofrecer algunas conclusiones que permitan clarificar los elementos patrimoniales de la fiducia.

1. Estructura y Orígenes. Las diferentes concepciones patrimoniales. Un problema de trasplantes[6].

---

[5] Este es el caso de modalidades que se han ido configurando por la importancia comercial: fiducia de administración, inmobiliaria, de parqueo, de garantía, de administración de dineros, para la titularización de activos, entre otras de las inagotables posibilidades de la administración fiduciaria. Obedece el criterio de clasificación a las modalidades de más uso, o en la que la inversión debe responder a criterios de supervisión especiales por su importancia. Pueden revisarse las clasificaciones que presenta la Superintendencia Financiera en su instrumento informativo más importante: Circular Básica Jurídica: Circular Externa 029/2014, Segunda Parte, Título Primero, Capítulo I, Numeral 5, en la que describe regímenes operativos de algunas formas de fiducia especiales.

[6] Seguimos las consideraciones que presenta Bonilla (2009) sobre lo que significa el uso de las palabras trasplante jurídico, un trasplante no solo supone la adopción de una legislación sobre una materia, asunto que quizás es uno de los momentos finales del proceso de recepción, significa también las discusiones académicas en aulas de clase, la formación que han tenido profesores, investigadores y estudiantes que influyen directa e indirectamente en lo que se puede llegar a considerar como solución o respuesta adecuada o a su formulación, entre otras muchas posibilidades. En algunos casos preferimos usar la palabra apropiación en

Desde los trabajos de Alfaro (1920), hasta las discusiones que se constatan en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio para Colombia, presentada al congreso en 1958[7], se observa la preocupación por dinamizar los esquemas legales para la flexibilidad de los negocios mercantiles frente a la rigidez de los contratos civiles orientados por los restrictivos marcos del Código Civil Chileno de 1955, que influyó en algunas de las legislaciones latinoamericanas; en particular se buscaba flexibilizar la instrumentación y el manejo de recursos patrimoniales y la administración de éstos por terceros. El primer gran derrotero consistió en superar la rigidez de las instituciones civiles de la época y en particular de la propiedad fiduciaria civil, regulada en el libro de los bienes como uno de los casos de limitación al derecho de propiedad, restringida a los temas sucesorales[8]. En segundo lugar, se consideraba que la flexibilidad de los negocios podía lograrse con la apropiación del negocio anglosajón del *trust*, a pesar de evidenciar problemas para su aplicación en razón de la concepción anglosajona del derecho de propiedad y el tratamiento a los derechos derivados de esta. Finalmente, y muy para el caso colombiano, preocupaba un tercer aspecto: cómo dejar atrás los lineamientos que la Ley 45 de 1923, que estructuró para las secciones fiduciarias de los bancos un esquema fiduciario a través del modelo de encargos de confianza, que en realidad fue la forma en que se denominó el *trust* angloamericano en su momento, soportado en las recomendaciones hechas por la misión Kemmerer.

En relación con la propiedad fiduciaria civil, la estructura del negocio se encuentra en los negocios fiduciarios romanos[9] y, para el caso anglosajón, de la antigua estructura del negocio denominado como *uses* o *use*,[10] La

---

vez de trasplante porque describe la adecuación de las discusiones e interpretaciones para la comprensión de la institución importada y acogida por la legislación receptora, la apropiación contiene el aporte y la creación jurídica en el país o región de recepción, más allá de la asimilación y connotación biológica de la figura.

[7] Se hace referencia al enorme trabajo de la Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958), que elaboró el *Proyecto de Código de Comercio* en dos volúmenes. En adelante será denominada como "La Comisión".

[8] Alfaro (1920) consideraba que el tema fiduciario en el Código Civil Chileno, al que seguían Ecuador y Colombia, identificaba el tema con la sustitución fideicomisaria, que quedaba relegado a las asignaciones propias del régimen sucesorio.

[9] Puede consultarse a Iglesias (1982, p. 370) sobre el tema fiduciario para la garantía de obligaciones, y para la sustitución legataria o herencial a: Petit (1983, p. 767-773).

[10] El "use" es la figura anglosajona que antecedió al *trust*, frente al derecho de propiedad inmobiliaria se confería la propiedad fiduciaria a un familiar o a un amigo del propietario, para que en el evento en que falleciera transfiriera el bien al primogénito, evitando la pérdida de la asignación real del bien. Sobre el particular puede revisarse el estudio de Rengifo (2001), en el capítulo segundo. Resulta

función del negocio determina la estructura interna del acuerdo y las partes del mismo, y es un elemento común en todos los convenios fiduciarios: por razón de la confianza (elemento personal), se entrega por un constituyente o fideicomitente, un bien o conjunto de bienes a un fiduciario, quien recibe la propiedad sometido a una condición, razón que le obliga a conservar la propiedad del bien hasta que la condición convenida se realice para consolidar la propiedad o transferirla a un beneficiario o fideicomisario, beneficiario que puede ser el mismo constituyente o un tercero. Esto implica que el fiduciario recibe una propiedad condicionada del bien. Por eso en la nomenclatura del derecho civil decimonónico se ubicaba al acuerdo fiduciario dentro de las limitaciones del derecho a la propiedad al lado del usufructo, el derecho de uso o habitación y las servidumbres.

Lo que resulta trascendental para la comprensión y diferenciación frente a los modelos fiduciarios mercantiles contemporáneos, es que la propiedad fiduciaria civil confiere los derechos de propiedad y sus derivados al fiduciario, por lo tanto, desde el punto de vista patrimonial el fiduciario es propietario legal y económico del bien o conjunto de bienes, encontrándose sometido a la verificación de un elemento condicional que suspende su propiedad o que la consolida. Esta es la razón por la que la concepción de propiedad fiduciaria decimonónico se asociaba a los asuntos sucesorales y por lo que sujetaba sus reglas a las reglas de las donaciones revocables (aplicando exigencias como la insinuación judicial para protección de los llamados a heredar)[11]. En razón a estos directos vínculos con el derecho de sucesiones y con las dificultades proyectadas frente a la posibilidad de eludir las reglas sobre ordenes sucesorales y reparto de bienes previstas en la codificación civil, cualquier intento por hacer del negocio fiduciario civil una estructura flexible para los negocios del comercio resultaba infructuoso. Resultaba necesario buscar otras opciones para lograr un marco de negocios flexible. Ese marco se encontró en el *trust* angloamericano, por representar la posibilidad de que un tercero (fiduciario) a partir de un conjunto de instrucciones claramente determinado, adelantara la administración, gestión o ejecución de diversos tipos de negocios, permitiendo a partir de la estructura patrimonial y de la desvinculación personal del constituyente del negocio, ir más allá de las posibilidades, tanto

---

fundamental estudio sobre el derecho de propiedad de Rengifo, M. (2011), en el que hace la revisión del del concepto de patrimonio y sus teorías, incorporando las diferentes clasificaciones del trust anglosajón (p. 245-301).

[11] En efecto, el Código Civil Colombiano regula el tema en los artículos 793 a 822, disposiciones que se caracterizan por descripción a través de casos y ejemplos, por su alto grado de restricción en materia marcos de negocio y en la rigidez de su concepción en la que determina que el fideicomiso no puede tener como objeto más que la totalidad de una herencia o uno o más cuerpos ciertos (legados) (artículo 795), además, la regulación sobre la insinuación judicial que afecta a las donaciones se exige para "…las donaciones fideicomisarias o con cargo de restituir a un tercero" (Artículo 1467).

de la propiedad fiduciaria civil, como de la gestión tradicional de un mandatario, sin embargo, en los años veinte, al profesor Alfaro y con posterioridad a la Comisión redactora del proyecto de Código de Comercio Colombiano de 1958, les suscitaba dificultades en términos del posible trasplante o apropiación institucional en razón a que en el sistema jurídico anglosajón la estructura del derecho de propiedad tiene una dimensión diferente frente a las legislaciones derivadas de la influencia del derecho europeo continental.

En el derecho anglosajón para el caso del trust, la aparición de los derechos instrumentados y reconocidos a partir la equidad (equity) frente a las rígidas respuestas del common law[12], lograron un decantado proceso de reconocimiento para las partes involucradas en el negocio, que consistió en reconocer dos intereses patrimoniales diferentes frente a los bienes fideicomitidos: (i) para el administrador fiduciario (trustee), quien debe ejecutar el encargo (protección, administración, eventual enajenación de los bienes) y que recibe la propiedad del bien de manos del constituyente (settlor), el common law le confirió la propiedad legal (legal propierty) y por lo tanto su calidad es la de un legal ownership, con todos los efectos derivados de la misma, es decir los derechos de un propietario formal. Como el beneficiario del negocio (fideicomisario o cestui que trust o beneficiary), sea el constituyente o sea un tercero que se designe, cuenta con un interés económico que solo se logra en la medida en el fiduciario no vulnere sus derechos o no realice una mala administración, históricamente la cancillería del rey reconoció, (ii) por vía de la equity, el interés como propietario a quien fuera beneficiario, con el fin de proteger su interés económico tal como si fuera un propietario legal, es decir con los mismos derechos y beneficios reconocidos para quien ostenta el derecho pleno de propiedad. Por esta razón el beneficiario es también un propietario y en este caso, es reconocido como propietario en equidad, es decir: un equity ownership, cuyos derechos se ha derivado de la equity propierty.

Como se observa, la explicación angloamericana permite, desde los conceptos de interés jurídico o legal y de interés económico, derivar en el marco de la propiedad y para la realización de los derechos de las partes involucradas en los negocios, dos niveles de propiedad deferentes (legal y en equidad) sobre los mismos bienes. Esa “dualidad de dominio” [13] no es

---

[12] Pueden revisarse los siguientes trabajos sobre el tema: Hepburn, S. (2001) y González (2019). El primero hace un recuento histórico que permite observar la evolución de la *equity* en el derecho anglosajón y el proceso de reconocimiento de los derechos del beneficiario en la fiducia como propietario en equidad. El segundo trabajo hace un recuento de las discusiones sobre la adopción de un marco de negocio como el trust angloamericano para el contexto latinoamericano y las discusiones que suscitó durante el siglo XX.

[13] La Comisión (1958) los denominaba en su explicación como “dualidad del dominio”. (p. 290)

admisible en la mayor parte de las concepciones latinoamericanas influenciadas por el derecho continental europeo y por los trabajos de Andrés Bello.

La respuesta de Alfaro (1920) al revisar el tema en los años veinte consistió en manejar estructuras asociadas al contrato de mandato. Algo similar sucedió en Colombia con la ley 45 de 1923: aun cuando no se estructuró el *trust,* el negocio fiduciario que adelantaban los bancos, se denominó genéricamente, encargo de confianza en la ley, lo cual condujo a que las interpretaciones de la época, frente a la nueva concepción contractual terminara siendo asimilada al contrato de mandato para explicar e interpretar su estructura. Esta asimilación al mandato en lo patrimonial trae como consecuencia que en el encargo de confianza todos los efectos relativos a los bienes y su propiedad queden encabeza de quien obre como fideicomitente; es decir, que el fiduciario como administrador será simplemente un gestor. Por eso en Colombia, la Comisión (1958), advirtió en su exposición de motivos, la ausencia de relación con los negocios fiduciarios previstos en la Ley 45 de 1923, frente a las novedosas reglas de la fiducia con influencia angloamericana que proyectaba. Del encargo de confianza se derivará el negocio contemporáneo denominado encargo fiduciario.

La Comisión redactora del proyecto de Código de Comercio colombiano (1958), dio una solución muy interesante frente al problema estudiado por Alfaro (1920): no reconoció un propietario en equidad, pero sí le confirió al beneficiario, todos los derechos que podría tener un propietario para efectos de reclamaciones, persecución de bienes, reivindicación, auditoría y exigibilidad de gestión al administrador, entre otros. En ese proyecto de 1958, curiosamente para el negocio fiduciario, no se hace referencia alguna, ni en las normas proyectadas, ni en la exposición de motivos, al concepto de patrimonio autónomo[14].

Los casos mexicano, argentino y peruano sobre la fiducia y sus efectos patrimoniales.

Por el influjo que sus trabajos tuvieron en América Latina, tomamos como marco referencial para este aparte las ideas del profesor Lepaulle (1975), que cuentan con vigencia para la explicación teórica de los efectos patrimoniales del *trust*. Como se observó, Alfaro (1920), explicó la fiducia como un mandato conferido a un fiduciario en el cual se transfería la

[14] En su solución La Comisión (1958), determina que el fiduciario cuenta con la propiedad formal de los bienes fideicomitidos con las limitaciones propias del encargo que se ha hecho y en ese sentido habla de que los bienes fideicomitidos conforman un “patrimonio relativamente autónomo” por razón de las limitaciones que el acto constitutivo fije en torno a la ejecución del cometido determinado y esperado. (p. 295, Tomo 2).

propiedad de los bienes. Macedo (1975), en su estudio sobre el fideicomiso Mexicano, introductorio al trabajo de Lepaulle, hace un recuento sobre las similitudes que hubo en los primeros intentos por reglar el tema en México y reconoce la influencia de las ideas y los trabajos de Lepaulle, en el conjunto de la legislación mexicana sobre la materia, incluida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Lepaulle (1975) fundamenta la explicación del *trust* y de la fiducia, en los elementos patrimoniales: El *trust* no es un mandato, ni es un albaceazgo, ni una mera administración, el *trust* supone que el *settlor* o constituyente realice plenamente los efectos patrimoniales que separan la estructura de la fiducia de los meros encargos, en la medida en que hay separación patrimonial de bienes, es decir, el contrato como título, verifica la enajenación de los bienes a través de la tradición.

Lepaulle lo expresa de manera sencilla: el trust es un patrimonio afectado, y por ello como elemento esencial requiere para su constitución dos requisitos, "1. Que haya un patrimonio, es decir, un activo. 2. Que ese patrimonio sea distinto, es decir que esté sustraído de los patrimonios de los sujetos de derecho y constituya un todo independiente" (p. 107). Lepaulle[15] se circunscribe en la teoría de los patrimonios de afectación, teoría que explica la posibilidad de la instrumentación de negocios, acuerdos, contratos, cuya teleología o finalidad implique la determinación de un conjunto de bienes hacia el logro de unos resultados establecidos como objetivos, como sucede en los casos de los negocios fiduciarios o como sucede en el caso de las fundaciones, en los esquemas de orientación teórica objetiva, es decir en aquellos que no explican el patrimonio como un atributo exclusivo y único para la personalidad. Como bien lo explica Bustamante (1979):

> Todo patrimonio se halla afectado por el orden jurídico a un fin objetivo, ya sea éste el fin de un hombre determinado, ya sea el de una comunidad, ya un fin simplemente desligado del elemento personal, como ocurre con la fundación. No debemos, pues, preguntarnos a quién pertenece un patrimonio, sino a qué. (p. 35)

[15] Lepaulle (1975), es muy enfático en el tema: el trust solo requiere como elementos esenciales el patrimonio determinado (esa universalidad jurídica que será administrada) y la finalidad, es decir su afectación, que legitima el alcance de la actividad del trustee o fiduciario. Sobre el tema explica: "Afectar un bien es, por así decirlo, separarse de él después de haberle asignado una misión; es como si se pusieran provisiones en el morral de un sirviente, encomendándole una misión lejana, indicándole el camino a seguir, y cerrando la puerta cuando haya desaparecido detrás de la colina; o bien un patrimonio afectado es algo así como un niño que necesita un tutor, pero que va a crecer y desarrollarse en el perpetuo renovarse de la vida surgente e imprevisible" (p. 22).

En México, el fideicomiso se encuentra reglado como una operación de los mercados financieros, y por eso la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito[16], lo regula a partir del artículo 381, como una operación en la que:

> (…) el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. DOF 22-06-2018)

La concepción de la propiedad fiduciaria se encuentra ligada a un esquema instrumental por lo que los bienes, como lo indica la misma ley:

> (…) se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros (Artículo 386. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. DOF 22-06-2018).

Se establece en México una regla básica similar a la colombiana, los bienes fideicomitidos deberán encontrarse separados del activo del fiduciario, por lo que: “deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad”. En relación con los derechos del beneficiario se indica que podrá ejercer todas las acciones que busquen proteger el interés jurídico que tiene frente a los bienes fideicomitidos incluida la posibilidad de reivindicar. Algo muy similar a lo propuesto en Colombia por la Comisión redactora del proyecto de Código de comercio de 1958.[17]

Sobre el caso mexicano Alvarado (2010), indica que:

> Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser un derecho de

[16] La norma mexicana original es de 1932, conocida como (Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932), pero ha sido reformada. Su última reforma es DOF 22-06-2018).

[17] La ley establece en su artículo 390, entre otros temas lo siguiente: “El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.”

> dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que solo tienen eficacia obligatoria puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes (p. 301).

En Argentina, la concepción especial del *trust* es reciente. Altamirano (2010), explica que sólo hasta la ley 24.441 de 1995 se incorporó el concepto de fideicomiso (p. 13), a pesar de encontrarse tipificada la figura de la propiedad fiduciaria desde la legislación civil, por lo cual sugiere que:

> Los bienes incorporados al fideicomiso tienen un titular, que es el fiduciario, pero esa titularidad no significa un enriquecimiento económico para este último; estos bienes no deberán figurar en una cuenta patrimonial dentro de su balance, por el contrario deberán ser incorporados mediante las llamadas cuentas de orden" (pp. 14-15).

Esto significa que el concepto argentino sigue los lineamientos propios de los esquemas teóricos que acogen los patrimonios de afectación. Por esa razón la ley argentina dispone que: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante." (artículo 11)[18].

Algo similar sucede en Perú, en dónde la legislación sobre fiducia también es reciente, de 1996, y en la que se considera la fiducia como negocio financiero propio de la actividad bancaria, Ley 26.702[19]. El efecto jurídico de la celebración del negocio fiduciario supone la traslación del dominio al fiduciario de los bienes que integran el fideicomiso y la separación de su activo del activo dado en fideicomiso, para lo cual, la relación jurídica que nace del negocio solo permite el ejercicio del derecho de la propiedad dentro del marco determinado en el acto constitutivo, con el exclusivo fin de cumplir los objetivos y alcances de la administración fiduciaria convenida. Sin embargo, la norma (artículo 241) es enfática al establecer que los bienes fideicomitidos están sujetos al dominio del fiduciario.

Las normas peruanas destacan tres temas sobre la modalidad negocial:

(i) La separación entre los bienes que han sido fideicomitidos como respuesta al pago de obligaciones que tengan fiduciario y fideicomitente con acreedores, que solo en términos de las rentas que se perciban por el negocio, podrían perseguir el pago de obligaciones de beneficiarios del

---

[18] Congreso de la Nación Argentina (22 de diciembre de 1994) [Ley 24441 de 1994] B. O.: 9.1.95.

[19] En el caso peruano a partir del artículo 241 y hasta el 274 de la Ley 26.702 de 1996, se regula todo el tema fiduciario. La Ley intenta comprender la generalidad de los temas tradicionales del fideicomiso reglando inclusive algunas de sus modalidades más recurridas como es el caso de la fiducia de garantía.

fideicomiso[20]. (ii) Como lo indica la misma ley en el artículo 254, la fiduciaria en relación con los bienes fideicomitidos observará que están afectos al pago de las obligaciones derivadas del "(…) ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo" (artículo 254). (iii) Confiere al fiduciario los derechos naturales de un propietario para la protección de los bienes y para la ejecución del cometido previsto, por esto el fiduciario ejerce el dominio fiduciario que comprende no solo la administración, sino también el: "(…) uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido." (art. 252).

El concepto patrimonial en Colombia para la adecuación e identificación del contrato de fiducia.

Hasta este punto, el análisis histórico - dogmático muestra que la introducción y apropiación del concepto patrimonial en el contrato de fiducia ha tenido una profunda discusión como forma contractual derivada de los procesos angloamericanos. Es por eso que desde los años veinte para algunos países de américa latina, con el fin de promover esquemas contractuales que permitieran la movilidad y versatilidad de los negocios mercantiles, se estudió la posibilidad del trasplante o apropiación del *trust*, con el fin de orientar un marco contractual que permitiera a un tercero especializado (fiduciario), la administración de bienes en razón de un encargo, junto con la propiedad de lo fideicomitido, para facilitar los negocios. Por esa misma razón, el proyecto colombiano de Código de Comercio de 1958[21], buscó separarse de la propuesta bancaria de 1923, por encontrarse vinculada al mandato con la figura del encargo de confianza y la propiedad fiduciaria civil tradicional.

La discusión supone tres relaciones patrimoniales distintas hasta aquí: la de la propiedad fiduciaria civil, en la que hay una limitación a la propiedad y por la que el fiduciario se convierte en propietario condicionado; la derivada del encargo de confianza de la Ley 45 de 1923, en la que el fiduciario obra como un mandante, y la relación que surge de los estudios y propuestas de 1958, para Colombia, en la que se establece como solución al tema patrimonial, la propiedad en cabeza del fiduciario, sometida al acuerdo contractual, en la que, y con el fin de proteger al beneficiario o fideicomisario frente al descuido o mala gestión del fiduciario que impida el ejercicio de sus intereses económicos, se confieren los mismos derechos y

[20] Artículo 253, Ley 26.702 de 1996.
[21] Puede consultarse la exposición de motivos en la que los comisionados desde su explicación liminar separan los contratos de mandato, la relación fiduciaria civil y el encargo de confianza, con la proyectada fiducia mercantil. En: Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958). Proyecto de Código de Comercio (Tomo II, p. 284-296). Bogotá: Imprenta Nacional.

alternativas de protección jurídica que tendría un propietario formal, equivalentes a los derechos del *equity ownership* o *cestui que trust*, en la versión angloamericana.

En Colombia, de acuerdo con lo anterior y siguiendo el estudio de González (2019), se puede encontrar que la respuesta dada por la Comisión redactora del proyecto del Código de Comercio colombiano en 1958, fue alterada en su revisión de los años setentas por la nueva Comisión revisora y que, aun cuando sus actas de trabajo sobre la materia no se han hecho públicas, de la legislación se deducen cambios profundos, frente a la motivación original de los contenidos normativos. En efecto, la legislación mercantil (Decreto 410 de 1971), considera a la fiducia un negocio jurídico traslativo de dominio, pero a diferencia de las soluciones dadas en los años anteriores, con el fin de superar el concepto dual de propiedad anglosajón (propiedad legal y en equidad), el legislador mercantil extraordinario estableció en un solo artículo del Código de Comercio[22], la separación del activo fideicomitido con el activo propio de la sociedad fiduciaria, indicando, a su vez, que el conjunto de bienes fideicomitidos conforma un patrimonio autónomo.

La legislación colombiana sobre la materia, a diferencia de otras legislaciones, como la argentina, la peruana y la mexicana, no prescribe que el fiduciario es propietario, ni define lo que significa un patrimonio autónomo, por lo que se recurre a la conceptualización hecha a partir de la interpretación sistemática de las normas, con el fin de establecer su alcance y contenidos. En ese sentido, las normas comerciales vigentes frente al tema patrimonial, además de indicar la separación de activos del fiduciario con los activos fideicomitidos, también se verifica la separación patrimonial frente al fideicomitente y al beneficiario. Lo anterior se evidencia con las posibilidades jurídicas con las que cuentan los acreedores del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario, para lograr el pago de sus acreencias.

En efecto, el conjunto de normas legales prescribe, en primer lugar, (i) que los acreedores del fiduciario no pueden perseguir los bienes entregados en fiducia (estos no hacen parte de su activo, no le pertenecen, están separados). Esta indicación lleva a una profunda e inmediata discusión en Colombia frente a la legislación que sobre la misma materia existe en otros países, en los que se transfiere la propiedad al fiduciario y se indica, de manera clara, que el fiduciario es propietario y que, lo que se realiza con la

[22] Se hace referencia al artículo 1233 del Código de Comercio en donde se indica que los bienes fideicomitidos "…forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada". De allí se colige que el elemento patrimonial se convierte en un elemento de la esencia contractual, en la medida en que no solo se requiere para constituir el contrato de fiducia, por regla general, la transferencia del dominio de los bienes, sino que el efecto jurídico que conlleva la tradición en regla es la formación del patrimonio autónomo.

formación del negocio, es el dominio o propiedad fiduciaria.[23] Al no indicarse en la ley con claridad que el fiduciario cuenta con propiedad o dominio fiduciario y al describir al patrimonio autónomo como el elemento sustancial para la explicación de la propiedad, aparecen los siguientes interrogantes para el caso colombiano: ¿en el contrato de fiducia el fiduciario no tiene propiedad alguna sobre los bienes fideicomitidos ¿La facultad del fiduciario es solo de administración? ¿Las facultades contractuales conferidas al fiduciario para enajenar y disponer sobre los bienes que integran el fideicomiso, son el ejercicio de una forma de mandato o de representación, guardadas sus diferencias? ¿En dónde queda el sentido mismo de la fiducia y de sus efectos patrimoniales? ¿Se teme al avance del esquema de responsabilidades fiduciarias?

En segundo lugar, (ii) los acreedores del fideicomitente y del beneficiario no pueden perseguir los bienes dados en fiducia para lograr el pago, por dos razones en principio evidentes: si se trata de un patrimonio autónomo se ha realizado la tradición del dominio de los bienes, han salido de la esfera patrimonial del constituyente; en relación con el beneficiario, solo cuenta con los derechos contractuales que se expresen en el acuerdo, por lo que no tiene propiedad alguna (ni siquiera la *legal equity* anglosajona) sobre los bienes que integran el fideicomiso, por lo que los acreedores del beneficiario encuentran restringidos sus derecho al ámbito de los derechos reconocidos para el fideicomisario en el acuerdo fiduciario.[24].

---

[23] Es el caso de México, de Argentina y Perú, donde se establece que el alcance del ejercicio del derecho de propiedad se encuentra determinado por lo que se disponga en el acto constitutivo y por la ley, agregando que los beneficiarios tendrán la posibilidad de reclamar e inclusive de reivindicar, con el fin de salvar su interés jurídico; fórmula muy parecida a la colombiana de 1958, en el proyecto de codificación mercantil. En Perú, por ejemplo, en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26.702 de 1996), se establece que el fiduciario tiene "dominio fiduciario", (artículo 251), es decir, no solo se indica, como en Colombia que hay transferencia de bienes, sino se determina su calidad de propietario, por ejemplo: "…El patrimonio fideicomitido es administrado por el fiduciario. La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicomitido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados…" (artículo 273 de la misma Ley). En Argentina se indica que lo que existe es propiedad fiduciaria y se estable el carácter básico, con lineamientos similares a los peruanos del "carácter del dominio fiduciario", tal como lo expresa en forma estricta la ley 24.441 de 1993.

[24] El artículo 1238 del Código de Comercio Colombiano (Decreto 410 de 1971), al reglar el tema establece las limitaciones comentadas, y también incorpora una excepción, conocida en la academia como acción pauliana fiduciaria o acción revocatoria fiduciaria: si las obligaciones que se exigen son anteriores a la constitución del negocio fiduciario y causan al constituyente desequilibrio patrimonial de tal magnitud que impide el pago de sus acreencias, el acreedor anterior puede reconstruir el patrimonio del deudor constituyente solicitando la revocación de contrato de fiducia y con ello lograr la efectividad de sus posibles

Biondo Biondi (1961), reconoce a los patrimonios autónomos como universalidades jurídicas. Si bien Biondi encuentra que el patrimonio puede estar ligado a la esfera de relaciones de una persona, considera que éste tiene un carácter económico y, más simple, una valoración pecuniaria. Por tanto, establece que el tratamiento de las universalidades de hecho y jurídicas depende de un acto dispositivo (la disposición contractual sobre tratar un conjunto de bienes como unidad) o de un reconocimiento formal por el derecho (la disposición legal que reconoce un conjunto de bienes como unidad, para la realización de un objetivo, como universalidad jurídica, elemento teleológico del cual dependen sus efectos). Por ejemplo, los casos de la herencia yacente, de la sucesión como derecho patrimonial, del establecimiento de comercio al ser considerado unidad económica para efectos de su tratamiento contractual y de su eventual enajenación o, como en el caso que aquí se estudia, los patrimonios autónomos por lo que para Biondi, la autonomía de patrimonios hace referencia exclusiva a situaciones en las que o no hay sujeto o es incierto (p. 187).

Hasta aquí, dos visiones diferentes derivadas de discusiones históricas sobre el negocio se encuentran presentes: La primera visión del negocio, que busca alejarse de la concepción civilista de la propiedad fiduciaria civil, representada por los trabajos de Alfaro, que asocian el negocio anglosajón al contrato de mandato como contrato marco. Ese esquema fue el que se usó para comprender e interpretar el alcance del encargo de confianza previsto para la sección fiduciaria de los bancos en la Ley 45 de 1923, contrato que aún subsiste bajo el nombre de encargo fiduciario, cuya diferencia con la fiducia mercantil legislada en Colombia, justamente se encuentra en el patrimonio autónomo, es decir, para el encargo de confianza, hoy encargo fiduciario, no hay traslación del dominio de bienes y por lo tanto no se conforma un patrimonio autónomo. El encargo fiduciario solo conlleva los elementos personal y teleológico para efectos de establecer los contenidos de la administración fiduciaria que se debe adelantar, por lo que hasta la expedición del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993[25], (E.O.S.F), su marco para la interpretación de los contenidos

---

acciones ejecutivas. La principal excepción frente a esa solicitud es la denuncia de activos o bienes del deudor con fines de pago porque la revocación del negocio jurídico es una medida y un instrumento excepcional. Sobre este particular pueden consultarse: González (2019), que trabaja en el Capítulo segundo, el tema de la acción pauliana en materia fiduciaria y la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, (Superintendencia Bancaria) Titulo V, Capítulo Primero, N. 4 Sobre la aplicación del artículo 1238 del C. de Co. Hoy la Circular Básica Jurídica es la Circular Externa 029 de 2014.

[25] En efecto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en adelante, E.O.S.F. en lo relativo al régimen operativo de las sociedades fiduciarias establece que: “En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en cuento unas y otras sean

contractuales era el mandato, sin embargo, el Estatuto hoy, por la especialización financiera, reconoce la diferencia del encargo fiduciario con la fiducia mercantil, por lo que exige que en la interpretación del encargo se apliquen las normas de mercantiles de la fiducia en forma preferente y sólo en subsidio, y en lo compatible, las normas del mandato. Esta diferenciación es sustancial en la discusión y comprensión del tema de la fiducia pública.

La segunda visión es la que aparece en el Código de Comercio de 1971: la formación del patrimonio autónomo como consecuencia de la transferencia del dominio. Esta es la tesis de la separación patrimonial asociada a un elemento teleológico, contenido en el acuerdo fiduciario, tesis que abandona la fórmula atenuada de la Comisión del 58, cuya preocupación era la de cómo permitir acciones de defensa para el beneficiario con el fin de superar los problemas frente al contenido dual del concepto de patrimonio en el derecho angloamericano. Esta segunda visión, rompe, además, con una visión clásica, muy recurrida en Colombia, sobre unión indisoluble entre patrimonio y personalidad que negaba de manera reduccionista y por fuera de toda realidad jurídica, la posibilidad de patrimonios sin titular y las opciones de contar con patrimonios de afectación a una finalidad como es el caso de los patrimonios autónomos.

De la revisión histórico - dogmática puede formularse la pregunta acerca de la dificultad en la comprensión del tema y su adecuación. En realidad, lo que siempre aparece como parte de las preocupaciones por quienes intentaron introducir el *trust* y explicarlo, fue dinamizar un marco ágil de negocio para los mercados financieros, con el fin de realzar las posibilidades de actividades mercantiles, que dejaran de lado la rigidez de los esquemas contenidos en la legislación civil,[26] por esta razón la instrumentación de los aspectos patrimoniales de la fiducia mercantil siempre ha estado rodeada de tensiones sobre la forma de asimilar el negocio frente a la adecuación e interpretación que se hace de la legislación en la práctica.

Tres debates permiten entender las dificultades frente a la interpretación en el tema y a su vez ahondar en los complejos procesos por los que ha discurrido el elemento patrimonial en el negocio. El primer debate se surte con la expedición del estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, al incorporar por primera vez la fiducia al régimen público de los contratos. Tres de los argumentos tenidos en cuenta para incorporar la fiducia al régimen de contratación estatal, parecen centrales en el tema de análisis: el contrato de fiducia mercantil no se encontraba al sistema de contratación pública anterior, por lo que la contratación era directa y sujeta a los parámetros de contratación del derecho privado, por lo que (i) no se debía

---

compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en este Estatuto. (Artículo 146, Decreto 663 de 1993).

[26]

participar en procesos de selección, (ii) al realizar formalmente el contrato de fiducia y transferir los bienes se conformaba el patrimonio autónomo y por lo tanto los bienes ya no hacían parte del patrimonio de la entidad pública (salen de la esfera de control estatal) y, (iii) como el contrato de fiducia es un marco para la administración de negocios (entre ellos la obra civil o algunos contratos sometidos al régimen de contratación pública), a través de la fiducia mercantil se eludía la obligación de seguir el procedimiento de contratación, con el fin de lograr los cometidos de la función administrativa estatal, desviando hacia la gestión privada lo que debía hacerse con la función pública.[27]

Esto implicó la incorporación de la fiducia a las reglas de la contratación pública, es decir, procesos de selección, reglas de los contratos públicos aplicables al contrato de fiducia, imposibilidad de desvío de las funciones públicas hacia la actividad fiduciaria y, lo más interesante, la receta inicial de que en la contratación estatal el contrato de fiducia pública no puede conllevar la formación de un patrimonio autónomo para que los bienes no salgan de la esfera de control estatal[28]. Cabe observar aquí, que desde la discusión pública que se hizo del contrato mercantil, implícitamente fue aceptada la tesis de la traslación de la propiedad y que, por lo tanto, para efectos dispositivos, el dominio queda en cabeza del administrador fiduciario con el fin de lograr los cometidos del negocio. La distinción hecha por el legislador fue muy curiosa desde el punto de vista de las modalidades de negocios, pues indicó que la fiducia pública no podía contar con patrimonio autónomo, pero también estableció que, para los manejos de flujos de caja y pagos, se debería celebrar un encargo fiduciario (público) para el cual, como ya se ha estudiado en otros apartes, tampoco hay formación alguna de patrimonio autónomo.

La Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1995, frente al punto concreto, indicó que el legislador no desnaturalizó el contrato de fiducia mercantil pues, en el ejercicio de sus competencias como legislador de la contratación estatal, lo único que había hecho era crear un nuevo molde contractual denominado fiducia pública, molde que no conlleva la formación de patrimonios autónomos, a diferencia de lo que sucede en el marco del negocio mercantil. Esto significa que, al menos desde la formación del estatuto, quedan cuatro negocios en el esquema fiduciario con sus particularidades: a) la fiducia y el encargo fiduciario mercantiles y, b) la fiducia y el encargo fiduciario públicos, este último, para el excepcional manejo de flujo de caja y pagos, en los dos casos sin formación de patrimonio autónomo.

---

[27] Esos fueron algunos de los principales criterios de la contraloría que se tuvieron en cuenta por el legislador

[28] Artículo Ley 80 de 1993.

Un segundo debate se ubica en el derecho procesal frente a la expedición de las reglas sobre insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006) y el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), este debate parte de la idea de que los patrimonios autónomos derivados del contrato de fiducia no son personas naturales ni jurídicas, por lo tanto, la labor del fiduciario es su administración. El fiduciario en su gestión puede encontrarse frente a situaciones en las que, por razón de la finalidad convenida y deberes indelegables, deba reclamar derechos en favor del fideicomiso o pagarlos, por lo que surge la pregunta de a quién se demanda o quién demanda, según el caso que se presente. La respuesta consistió en indicar que el fiduciario debía accionar como administrador del patrimonio, pues si bien no era propietario, administraba la universalidad jurídica, es decir, se trataba de un deber indelegable.

Este sencillo y correcto argumento no soluciona el problema de la capacidad para ser parte, que en principio tiene como sujetos a las personas y no a las cosas. La primera respuesta se encuentra en la ley de insolvencia al autorizar que los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales como cometidos fiduciarios, pueden ser sujetos del procedimiento y solicitar la aplicación del régimen. Sin embargo, un curioso decreto fue expedido con el fin de aclarar que la sociedad fiduciaria no era llamada a responder personalmente, al proceso sino tan solo como "vocera" del patrimonio autónomo[29]. Este decreto de un solo artículo, incorpora el

[29] La jurisprudencia ha destacado el hecho de que si bien la sociedad fiduciaria administra y es vocera del patrimonio autónomo y que hay separación patrimonial entre el patrimonio de la fiduciaria y el fideicomiso, la sociedad fiduciaria ante el incumplimiento e sus deberes contractuales y/o legales, puede ser llamada a responder patrimonialmente. En materia civil hay un conjunto destacable de fallos en casación que se encuentran de alguna manera relacionados por las citaciones los conectan. La mayor parte de los casos que se abordan en casación giran en torno a la revisión de las responsabilidades del fiduciario en la gestión fiduciaria ordinaria, sus deberes indelegables y sobre la fiducia en garantía para establecer las responsabilidades fiduciarias y diferenciarla de otras garantías para tratar el tema del pacto comisorio y sus diferencias. Estos fallos son conceptuales y abstractos, es decir tratan de consolidar efectos, elementos, conceptos, desde el entorno legal, para, desde allí, revisar elementos probatorios revisados, lógicamente desde el marco de los cargos formulados en la estricta técnica de casación. Se destacan en el conjunto dos fallos por su ejercicio de conceptualización dentro de la tradición dogmática clásica y conceptualista: Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 3 de agosto de 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos, caso en el cual se revisan los cambios de la doctrina clásica subjetiva sobre el patrimonio hacia el patrimonio autónomo como patrimonio de afectación a una finalidad, se conceptualiza sobre el marco legal comercial colombiano para describir el contrato de fiducia y determinar las responsabilidades del fiduciario. En igual forma la Sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil seis (2006), M. P. Carlos Ignacio Jaramillo. En la que revisa la naturaleza jurídica del negocio de fiducia en garantía frente al pacto comisorio en la prenda y la hipoteca para determinar sus diferencias, con un procedimiento

término “vocero” para designar en materia procesal lo que supone la labor de administración y ejecución del fideicomiso y sus responsabilidades, frente a la protección, defensa y ejercicio de derechos en función de los objetivos de administración definidos en el acto constitutivo del contrato. El segundo paso firme, unos años después, fue la incorporación de los patrimonios autónomos en el listado de los sujetos procesales en el Código General del Proceso, estableciendo que la sociedad fiduciaria está llamada a comparecer procesalmente como administrador de los mismos.

A manera de conclusión

El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo son la respuesta efectiva a la búsqueda de instrumentos para la flexibilización de los marcos o esquemas de negocios en América Latina. Ese proceso, en su etapa inicial parte de los estudios de Alfaro (1920), en Panamá, fue retomado con los trabajos de la Comisión Redactora del proyecto de Código de Comercio de 1958 y terminó con la introducción de la fiducia mercantil en 1971, al ser expedido el Decreto 410 de 1971, y fue profundamente modulada para el derecho de los contratos estatales por la Ley 80 de 1993.

Esta investigación evidenció dos discusiones prácticas, la primera, relacionada con el estudio del derecho extranjero para adaptar el trust a las exigencias en nuestro medio; la segunda al aparecer en 1971, el concepto de patrimonio autónomo como elemento que estructura la fiducia, elemento que abre el debate frente a la explicación desde los esquemas de la dogmática civil del derecho de las personas, los bienes, las obligaciones y de los contratos, a partir de la revisión de los efectos legales previstos en la novedosa legislación mercantil. Ese movimiento buscó explicar los efectos, las condiciones, los alcances y los contenidos del patrimonio autónomo en los negocios fiduciarios sin enlazarlos con los conceptos correlacionados del derecho de las personas, obligaciones, bienes y contratos, asunto que desde la teoría ha hecho más difícil el progreso adecuado y la comprensión de los patrimonios autónomos, sus limitaciones frente al manejo de los derechos involucrados en las diferentes modalidades del negocio y su práctica.

---

similar. Las otras sentencias interconectadas por citaciones no permiten observar una continuidad temática sino una elegante conceptualización desde la ley como marco de referencia, que no define reglas jurídicas aplicables jurisprudencialmente, sino que buscan explicar el entorno del negocio, lo que no resta importancia frente al esfuerzo por comprender la estructura del contrato y sus efectos, en ese sentido se destacan: Sentencia de 1 de julio de 2009, M. P. William Namen Vargas; Sentencia de 12 de mayo de 2016, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez; Sentencia de 19 de diciembre de 2017, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo; Sentencia de 15 de agosto de 2017, M. P. Luis Alonso Rico Puerta; Sentencia de 18 de diciembre de 2009, M. P. Arturo Solarte Rodríguez; Sentencia de veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Referencias

Alfaro, R. (1920). *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglé*s. Panamá: Imprenta Nacional.

Altamirano, A. (2010) *Tratamiento tributario del Fideicomiso en Argentina*. (pp. 13-33). En: Urquizu, C., (Director). Rivas, E. (Coord.). (2010) *El fideicomiso en América Latina. Integración jurídico – financiera*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Alvarado, M. (2010) *El fideicomiso en Méjico*. (pp. 297 – 236). En: Urquizu, C., (Director). Rivas, E. (Coord.). (2010) *El fideicomiso en América Latina*. Integración jurídico – financiera. Buenos Aires: Marcial Pons.

Biondo, B. (1961). *Los Bienes*. Barcelona: BOSH.

Bonilla Maldonado, D. (Editor). (2009). Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

Bustamante, L. (1979). *El patrimonio. Dogmática jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (27 de agosto de 1932) [Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito] DOF: 22-06-2018).

Comisión Revisora del Código de Comercio. (1958). Proyecto de Código de Comercio (Vols. I-II). Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de Colombia. Código Civil (15 de abril de 1887). [Ley 57 de 1887]. DO: 7.019

Congreso de Colombia. (19 de julio de 1923). [Ley 45 de 1923]. DO: 19.120

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489

Congreso de Colombia. (27 de diciembre de 2006). [Ley 1116 de 2006]. DO: 46.494.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de la Nación Argentina (22 de diciembre de 1994) [Ley 24441 de 1994] B. O.: 9.1.95.

Congreso de la República del Perú (06 de diciembre de 1996) [LEY Nº 26702 de 1996] B. O.: 9.12.96

Corte Constitucional de Colombia. (1 de marzo de 1995). Sentencia C-086. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 3 de agosto de 2005, M. P. Silvio Fernando Trejos.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de catorce (14) de febrero de dos mil seis (2006), M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 1 de julio de 2009, M. P. William Namen Vargas;

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 12 de mayo de 2016, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez;

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 19 de diciembre de 2017, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo;

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 15 de agosto de 2017, M. P. Luis Alonso Rico Puerta;

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de 18 de diciembre de 2009, M. P. Arturo Solarte Rodríguez;

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

González León, C. (2019) *Fiducia y patrimonios autónomos en Colombia: un análisis desde la dogmática jurídica*. Bogotá: Universidad Libre.

Hepburn, S. (2001). *Principles of Equity & Trusts*. London: Routledge Cavendish Australia

Iglesias, J. (1982). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Editorial Ariel

Lepaulle, P. (1975). *Tratado teórico y práctico de los Trusts*. México: Editorial Porrúa S. A.

Macedo, P. *El fideicomiso Mexicano*. (Estudio Preliminar). (pp VII-LVIII). En: Lepaulle, P. (1975). *Tratado teórico y práctico de los Trusts*. México: Editorial Porrúa S. A.

Petit, E. (1983). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros.

Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339.

Presidencia de la República de Colombia. (abril 2 de 1993). [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Circular Básica Jurídica [Circular Externa 029 de 2014]. Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce----10083443

Rengifo G, M. (2011). *Teoría general de la propiedad.* Bogotá: Temis.

Rengifo, R. (2001). *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado.* Medellín: Fondo editorial Universidad Eafit.

Urquizu, C., (Director). Rivas, E. (Coord.). (2010). *El fideicomiso en América Latina*. Integración jurídico – financiera. Buenos Aires: Marcial Pons.